✠

POR EL PATRONATO DE OBRAS PIAS, QVE dexó fundado D. Fadrique Portocarrero, y por Patron nombrado al P. Prior del Conuento de Sancta Maria de las Cueuas.

EN EL PLEYTO

CON

DON IVAN DE VILLARROEL y Euan, Cauallero del Habito de Alcantara, como Padre de D. Francisca Ana, que muriô de edad de quatro años, primera heredera instituida por el dicho Don Fadrique Portocarrero, en sus bienes.

ESTE PLEYTO ESTA VISTO, Y EN GRADO de segunda determinacion.

TAMBIEN Es hecho constante y assentado, que Don Fadrique Portocarrero instituyò por su heredera a la dicha Do. Francisca Ana, y para en qual quiera de tres casos de que hazé relació en la clausula, scilicèt, que atento a que es de quatro años de edad, y si muriere en la pupilar, o siendo casada no dexare hijos, o siguiendo el estado de Religion professare, en qualquiera destos casos funda vn Patronazgo para Redépcion de Captiuos, y casamiento de Donzellas, de todos sus bienes. Y sobre la inteligencia desta palabra, *De todos sus bienes*, y de su interpretacion es la quest

tion deste pleyto, porque conforme al segundo caso, dela disposiciõ de Doña Ana de Sosa y Sandoual, muger del dicho Don Fadrique, como refiere la clausula de su testamento, y se assentò en la relaciou del pleyto, la susodicha dexò por su heredera a la misma Doña Frãcisca Ana, en el año de 1648. vno antes que testasse el dicho Don Fadrique su marido, a quien le dexò por vsufructuario. Y dize mas, q̃ si al tiempo, y quando muriere el dicho D. Fadrique, estuuiere en estado la dicha D. Francisca Ana su heredera, que no tenga edad para testar, si muriere, que teste por la susodicha. Y por lo que importan estas palabras, y su relacion, se pone a la letra, que dize: *Si el dicho señor D. Fadrique Manrique Portocarrero falleciere antes, y primero que las señoras D. Francisca, y D. Maria Antonia de Villarroel y Sandoual, y las susodichas no tuuieren edad cumplida de doze años, el dicho señor Don Fadrique Manrique Portocarrero pueda testar por ellas, y substituir la dicha herencia en quien quisiere, y por bien tuuiere, o aplicarlas en qualesquier obras Pias, Memorias, y Capellanias por sus animas, en la manera y forma que quisiere, y fuere su volũtad.* Assentado pues lo literal desta clausula, y siguiẽdo la del dicho Don Fadrique en su testamento, dize estas palabras. *Y si la dicha Doña Francisca Ana muriere en edad pupilar, respecto de que de presente no tiene mas que quatro años de edad; o si llegando a la edad competente, y casandose no tuuiere hijos.* Y va prosiguiendo en los casos de Religion, y dize en la misma clausula, ibi: *Es mi voluntad de fundar, como de presente, y desde luego fundo de todos los dichos mis bienes, y herencia vn Patronazgo para Redempcion de Captiuos, y casar Donzellas pobres, partiendose la renta que rentare la dicha hazienda, por mitad a dichas Donzellas, y Redempcion de Captiuos, dando a cada Donzella cien ducados para el dicho casamiento y dote, y para la dicha Redencion de los Captiuos, que alcançare la otra mitad.*

De la contextura destas dos clausulas se funda la controuersia sobre la sucession de la herẽcia de Doña Ana de Sosa y Sandoual, que consiste en la dote que lleuò a poder de D. Fadrique Portocarrero, por cuya cantidad, y por lo que importa, Don Juan de Villarroel y Euan, como Padre de la dicha D. Francisca Ana, instituyda heredera de la dicha D. Ana de Sosa y Sandoual, y en virtud de su clausula, executò en los bienes del dicho D. Fadrique por lo que montò la dicha dote, y ganò sentencia de remate. Y en este estado salio la parte del Padre Prior de S. Maria de las Cueuas, Patrono nombrado del Patronazgo del dicho D. Fadrique, diziendo, que en los autos de la execucion, fechos por Don Iuan de Villarroel y Euan, eran por no

parte

parte hechos, y el dicho Patronato estaua substituído a D. Francisca Ana, primera heredera del dicho D. Fadrique. Y tambien el mismo Patronazgo era heredero, y auia sucedido en todos los bienes de D. Ana de Sosa, y Sandoual, muger del dicho D. Fadrique; y que asi no tuuo que adquirir el dicho Don Iuan de Villarroel por su hija cosa alguna, ni le transmitio, ni tuuo que transmitir D. Francisca Ana su hija herencia, ni derecho alguno: porque la dicha D. Ana de Sosa y Sandoual, dio poder y comision al dicho Don Fadrique su marido, para que en caso que muriesse antes que la dicha D. Francisca Ana, y que ella no se hallasse en edad de doze años para testar, hiziesse su testamẽto por ella, dexando la herencia a quien quisiesse, o en obras Pias, y Missas por las almas de vno y otro marido y muger. Con q̃ auiendo el dicho D. Fadrique fundado el dicho Patronazgo, en caso que la dicha D. Francisca Ana muriesse antes de los dichos doze años, fue visto auer vsado de la comision y poder q̃ la dicha D. Ana de Sosa y Sandoual, le dio asi por el mismo efecto de la execucion, como por los fundamentos juridicos que se referiràn.

Supuesto el caso y Hecho deste pleyto, por la breuedad conque se entrega para informar, se diràn de passo los fundamentos del Padre Prior de la Cartuxa, en que funda su justicia, al que haze en este pleyto y oposicion de D. Iuan de Villarroel y Euan, como Padre, y heredero de D. Francisca Ana.

Dize pues Don Iuan de Villarroel y Euan, que supuesto, que Doña Ana de Sosa y Sandoual su cuñada, dexò por su heredera a D. Francisca Ana su hija en la propriedad de sus bienes, y que esta muriò en los quatro años de su edad, le transmitiò la herencia, *Iure paterno, por la disposicion de la ley si infanti 18. C. de iure deliberandi y por la concordante de la partida 13. tit. 6. part. 6. vbi Greg. glos. 16. Antonius Gom. lib. 1. varaiar. cap. 9. num. 5. & sequentibus. Y asi, que siendo dueño de las acciones actiuas que se le transmitieron de la dicha su hija, y que puede exercer, segun la ley 2. C. de hæreditatis actio. le toca la repeticion de los bienes dotales de la dicha D. Ana de Sosa y Sandoual.*

Lo segundo dize, que no embargante, que Don Fadrique Portocarrero tuuo comision de D. Ana de Sosa y Sandoual su muger, para testar por D. Francisca Ana hija del susodicho, en caso que no llegasse a edad competente, y tambien para dexar por heredero al q̃ quisiesse por la dicha D. Ana, o fundasse Patronazgo de Obras Pias, como refiere la clausula, que toda via el dicho Don Fadrique no

auia

auia vsado, ni vsò de la comission, y poder que le auia otorgado la dicha Doña Ana de Sosa y Sandoual, y que esto se reconocia. Lo primero, porque en la fundacion del dicho Patronazgo, el dicho Don Fadrique substituyò a la dicha Doña Francisca Ana tan solamente en el que auia fundado de todos sus bienes, y que en esta palabra no cõprehendiò los bienes y herencia de la dicha su muger. Lo segundo, porque quando el dicho Don Fadrique hizo la fundacion del dicho Patronazgo, no hizo relacion de la disposicion de la dicha Doña Ana de Sosa y Sandoual, ni de la comission que tuuo para testar por ella, conque absolutamente dize le quedò reseruada su herencia; y assi, respecto de D. Francisca Ana su hija, como la que le dexò la dicha Doña Ana de Sosa y Sandoual no pudo entrar, ni comprehenderse la fundacion del dicho Patronato.

A estos dos fundamentos responde, y satisfaze el Patrono, y por otros que representarà de la fuerça de las mismas clausulas, dize, que en el dicho Patronato estàn cõprehendidos los bienes y herencia de D. Ana de Sosa y Saudoual.

Ad primum contrariæ partis fundamentum respondetur, que aunque es cierto, que Don Fadrique Portocarrero dixesse, que de todos sus bienes fundaua el dicho Patronato para induzir consequẽcia de que no se comprehendieron los de Doña Ana de Sosa y Sanual su muger, supuesto que la palabra *De todos sus bienes*, no puede comprehender otros que los proprios per rationem text. in l. verbum illud pertinere 181. ff. de verborum significatione, por la razon tambien del texto en la ley de la partida 9. tit. 33. partit. 7. ibi; *E aquellas cosas dezimos que son de nuestros bienes, e que a nos pertenecen, en que nos auemos señorio, o que las tenemos a buena fee por alguna derecha razon.* Y tambien por razon del nomen positiuo, hoc est Verbum *Meus, mea, meum*, porque esta palabra junta con substantiuo, denota lo que fuere proprio, *vt sentit Cardinalis Tuschus, verbo Meũ, conclus. 225. litt. M.* Y tambien, porque la substitucion tan solamente comprehende los bienes del que la haze, y no a otros, *ex ratione textus in l. sed si plures 10. §. in arrogato, ff. de vulg. & pupil. subst.*

Este principio no se puede adaptar en el caso deste pleyto, porque en los terminos en que hablò Don Fadrique Portocarrero, dexando primero por su heredera a la dicha Doña Francisca Ana en la fundacion del dicho Patronazgo (y quando los bienes de la dicha Doña Ana de Sosa y Sandoual consistieran en la propriedad que se dize tenia ya adquirida la dicha Doña Francisca Ana, heredera de en-

tram-

trambos) bien pudo el dicho Don Fadrique dezir, que fundaua el dicho Patronato de todos sus bienes, comprehendiendo en este caso los de la herencia de la dicha Doña Francisca Ana, que auian sido de su tia: porq̃ de la misma forma que el testador puede disponer de sus bienes, puede tambien de los de su heredero por suyos, y como suyos, ex regula textus in l. vnũ ex familia 69. §. si rem tuam ff. de legat. 2. donde el Consulto pone el caso indiuidual deste pleyto; pues si el testador con opinion de suya, mandò cosa que pertenecia a su heredero, vale el legado. Y dando la razon, dize, que por tener el dominio de los bienes el heredero vale la manda, ibi: *Cum dominium rei sit apud hæredem*, text. l. si quis inquilinos, §. si seruum ff. de legat. 1. idem tenent ibi Bartolus, Iass. & communiter Doct. præcipuè Peralta tractatu de legat. in eodem text. Donde pone la razon de diferencia, que tambien refiere la glossa, que para que valga el legado de cosa agena, es necessario que el testador sepa que no es suya, ex ratione text. in l. cum alienam, C. de legat. Pero si legare, o mandare cosa que sea de su heredero, vale el legado, o bien sepa q̃ es de su heredero, o q̃ lo ignore, o errando, o dudando nõbrãdo la suya, ibi: *Si testator legat rẽ hæredis etiam vt propriam, idest, putans erranter eam esse suam, valet legatum: ex hoc tex. notandum est, quod dispositio text. in l. cum alienam, C. de legat. quatenus ibi permittitur testatori legare rem alienam, si eam leget scienter, idest, si sciat esse alienam, non procedit in re propria hæredis alteri per testatorem legata: quia siuè scienter, siuè ignoranter, siuè etiam erranter, vel dubitanter, alteri legetur per testatorem, valet legatum eiusmodi rei propriæ ipsius hæredis, sicq; legatarius poterit agere contra hæredem actione ex testamento ad talem rem legatam.* Mayormente, que quando no procediera este principio, Don Fadrique Portocarrero, posseìa sus bienes conocidos, y en ellos no auia algunos de la dicha Doña Ana de Sosa y Sandoual su muger, pues se consideraria acreedora por su dote, y quando no distinguiera el credito, o propriedad della, esta ignorancia de derecho no le pudo perjudicar, si quidem in extremis positus, & in factione testamenti tempore pestis conditi, no tuuo lugar de consultar Letrado para hablar en mas proprios terminos, textus in l. regul. 9. §. sed iuris ingorantiam, ff. de iuris, & facti ignorantia, ibi: *Sed iuris ignorantiam non prodesse labeo, ita accipiendum existimant, si Iurisconsulti copiam habeat, vel sua prudentia instructus sit.* Porque ay casos en que el tiempo no dà lugar a consultar al sapiente, para saber el derecho el que lo ignora, para que no le perjudique la ignorancia del mismo derecho; y assi

 el

el que no lo sabia como D. Fadrique Portocarrero, no se perjudicò en llamar sus bienes los que posseia por vsufructo: *Nam interdum locus vel tempus non patitur plenius deliberādi consilium*, dixo el texto in l. 1. ff. de exercitatoria actione.

Lo otro, porque el poder y comission que la dicha Doña Ana de Sosa y Sandoual dio por su testamēto al dicho D. Fadrique Portocarrero, para que substituyesse a D. Francisca Ana en caso que la susodicha no pudiesse testar, no la defendemos oy por substitucion pupilar, porque la dicha D. Ana Francisca no la tenia en su poder, ni menos en muger no se dà patria potestad, por los principios, y reglas vulgares del §. 1. inst. de pupilari substitutione, l. 2. ff. eodem, l. 2. l. quamvis, l. precibus, C. de impuberum, & alijs subst. capit. si pater de testamentis, lib. 6. l. 5. tit. 5. part. 6. l. 31. Tauri. Antonius Gom. tom. 1. var. cap. 4. in principio, todavia esta substitucion fue fideicōmissaria para que la hiziesse el dicho Don Fadrique a la dicha D. Francisca Ana, o a quien quisiesse, o obras Pias, porque no es otra cosa que cometer al heredero restituya la herencia, o parte della a persona distinta; *Fideicommissaria substitutio est quædam obliqua substitutio, seu restitutio totius hæreditatis, vel partis quotitatiuæ facta per hæredem etiam inuitum per quam fideicommissarius efficitur hæres effectu, & vtiliter* tex. est in l. 1. & per totū eodem tit. text. in §. 1. & per totū inst. de fideicom. hęreditatib. text. in l, fini. tit. 5. part. 6. & in expresso istam diffinitionem ponit Guiliel. in materia substitutionum: y esta la puede hazer muger, substituyendo al impuberto, per textū in l. si mater 33. ff. de vulgari, & pupil. subst. ibi: *Eiq; in pupularibus tabulis, si sibi hæres non erit, alium substituat valet substitutio.* Conq̄ no ay razon de dudar en la validacion de la substitucion, y poder que otorgò D. Ana de Sosa y Sandoual a Don Fadrique Portocarrero, para subtituyrle heredero a la dicha D. Francisca Ana.

Y en quanto al segundo fundamento de D. Iuan de Villarroel y Euan, diziendo, que D. Fadrique Portocarrero no vsò del poder y facultad que tuuo de la dicha D. Ana de Sosa y Sandoual, ni que fundò el Patronazgo de los bienes de la susodicha. Dezimos, que en el efecto real y verdadera mente vsò de la dicha facultad y poder; y esto se manifiesta por la question vētilada por los Doctores, scilicèt, si is, qui habet facultatem disponendi de mille, faciat testamentum, an si nihil expresserit, censeatur disposuisse in suos hæredes ex facultate sibi concessa? Y fue la mas cierta y mas seguida de todos auerse executado el poder en el heredero del Comissario, vt tenet Bart. in l. peto, §. fratre, ff. de legatis 2. & in l. si ita quis, §. ea lege, ff. de verborum

oblig

obligatione. Alex. consil. 189. num. 8. lib. 2. & cons. 226. nu. 4. lib. 6. Ruino cons. 112. nu. 10. & cons. 113. num. 6. lib. 2. Craueta cons. 70. Menoch. cons. 87. nu. 60. Fussar. de substitutione fideicomis. quæst. 550. n. 10. ibi: *Sed qui dicendum sit*; el qual và aprobando esta doctrina, afirmando, que el que tiene facultad de disponer de otra disposicion, se entiende auer dispuesto en sus herederos instituydos, y assi con mayor fundamento, dexando el dicho D. Fadrique al dicho Patronazgo por su heredero en segundo lugar despues de D. Francisca Ana, se entiende auer dispuesto tambien en el mesmo Patronazgo delos bienes de Doña Ana de Sosa su muger. Como tambien procede esta doctrina en el contracto de compañia vniuersorum bonorum, pues comprando a su nombre vno de los compañeros vna casa, es tambien del consorte, Mascard. de probationib. conclus. 618. Aunque de contrario se pudiera oponer y dezir, que Don Fadrique Portocarrero tuuo potestad de elegir heredero, o Obras pias, y que no auiendo hecho eleccion, no vsò de el poder. Se responde a este fundamento, y a los textos que prueban esta opinion, que el q̃ tiene facultad de elegir, es visto dexar electo al que instituye por su heredero, ex textu in l. vnum ex familia 69. §. si duos de familia, ff. de legatis secundo, y particularmente en este texto Bart. Y cō mas llaneza si el instituido fuere Hospital, o Obra pia, aunque la eleccion aya de ser de muchos, verificatur in vno loco pio hærede instituto, vt tenet Padilla in dicto §. si duos de familia, num. 8.

Ni tampoco haze contradicion el dezir, q̃ D. Fadrique Portocarrero, no hizo eleccion de heredero, o Obra pia, y que como captatoria, o reprobada commission, no se puede sustentar, per textum in l. vtrum. §. cum quidam. ff. de rebus dubijs. Anton. Gomez variarum, tom. 1. cap. 12. num. 49. Porque dependiendo la eleccion de personas ciertas (como lo fueron las Obras pias) vale la institucion, y fundacion hecha en este Patronazgo, secundùm Gometiū in l. 31. Tauri num. 4. Y assi siendo el heredero instituido el Patronazgo como Obra pia, est certum, & de certis, y en que està comprehendida la disposicion de Doña Ana de Sosa y Sandoual: idem tenet Fussarius de fideicommiss. substit. quæst. 503. num. 68. ibi: *Declaratur tertiò non habere locum in fideicommisso relicto ad piam causam, quoniam captatoria voluntas substinetur fauore piæ causæ.* Idem tenet Tiraquel. de priuileg. piæ causæ, priuileg. 64. Menchaca de secceß. creat. lib. 2. §. 17. requisito 27. num. 8. vbi affirmat de communi cum alijs.

Tambien dezimos, que aunque expressamente el dicho Don

Fadri-

Fadrique no manifestasse, que hazia la fundacion de este Patronazgo de los bienes de Doña Ana de Sosa su muger en su testamento, todavia en lo dispositiuo su voluntad fue declarada de comprehenderlos en esta fundacion: porque la execucion tuuo orden de la disposicion precedente de su muger, cuyo testamento guardò literalmente, vt tenet, & sentit Cardinali Tuschus, litt. A. conclus. 152. ibi: *Actus gestus in dubio præsumitur in exequutionem mandati præcedentis quando non exprimitur alia causa.* Menoch. de præsumption. lib. 3. præsumpt. 49. vbi multos similes casus per totam. Alciat. regul. 2. præsumpt. 24. Porque real y verdaderamente fue imitando en la fundacion y substitucion de Doña Francisca Ana, y su heredera, y de su muger la forma que le dio de que sino llegasse a tiempo de testar, fundaua desde luego este Patronazgo.

Y si la voluntad, o declaracion della tiene aueriguacion extra testamentum, lo cierto es, que se aueriguò en este pleyto, que D. Fadrique tuuo animo de comprehender en este Patronazgo los bienes, o por mejor dezir, la accion de dote de su muger (porque no los tenia conocidos) como lo deponen Iuan de Auila en la 4. pregunta, y Doña Ynes Bermudo Ayora en la mesma, afirmando del animo de D. Fadrique, id est, suam voluntatem declarando, en cuyos terminos son bastantes dos testigos, vt tenet glossa ordinaria in l. heredes palam 21. §. si quid verb. per se, ff. de testam. y lleuaron todos, q̃ aunque fuessen estos testigos mugeres, probauan, porque en este articulo aueriguan declaracion de voluntad, que no es lo mesmo que testificar en testamento, vt tenet Paul. Castrens. in l. fideicom. n. 5. de fideicom. Ant. Gomez, tom. 1. variar. cap. 5. n. 26. Peralta in l. vnũ ex familia. §. si de falcidia num. 11. ff. de legat. 2. Oldradus cons. 297. num. 7. Azeued. in l. 1. tit. 4. lib. 5. compil. num. 76. cum alijs.

Lo vltimo, porque cometer y mandar D. Ana de Sosa a su marido la substitucion de su herēcia (despues de los dias de su heredera) a Obras pias de Missas, y Capellanias, que aun no estauan fundadas, esta disposicion por esto no fue condicional, vt tenet Gratianus discept. forens. 359. ibi: *Quia hæreditas potest relinqui Ecclesiæ construendæ, & non est conditionalis, & relinquitur tanquam posthumo alieno.* Y assi statim adquirio la Obra pia luego que fue substituida, vt tenet Mathesillanus singul. 42. idem Gratianus loco sup. citato num. 34. ibi: *Præterea verior est opinio, quod valeat donatio ad fauorem absentis quando fit ad piam causam, prout si fieret pro Monasterio construendo, quasi tunc fiat promissio Deo, qui pro loco pio est præsens, & acceptat.* Bald. in l. 1. num. 2. ff. de testam. Mantica de con-

ieƈt.

iect. vltim. vol. lib. 4. tit. 3. n. 4. Simó de Præt. de interpret. vlt. volũtat. lib. 2. pag. 97. Y aſsi adquiere el legado pio à morte teſtatoris, etiam hereditate non adita (vt ſolebat) vbi etſi non actione, officio tamen iudicis poteſt agi: text. in l. ſeruus ad cuſtodiam 17. ff. de aliment. & ciuar. legat. donde el legado de alimentos, hecho a el eſclauo que auia de guardar el Templo (que aun no eſtaua fundado, ni conſtructo) ſe han de pagar en el intermedio que no ſe fundare, ibi: *Quæſitum eſt, cum Templum nondum eſſet ſtructum, ex die mortis, an verò ex tempore quo Templum explicitum fuerit, percipere ſerui legatum debeant. Reſpondi officio iudicis hæredem compellendum ſeruis relicta præſtare, donec Templum ſtruetur.* Bald. in l. cum hìc ſecund. addit. num. 1. ff. de tranſact. ibi: *Nam quædam pollicitatio eſt, quæ in abſentem dirigi poteſt ad pias cauſas.* Y eſto, porque la manda, y promeſſa en fauor de Obras Pias, es voto, que deſde luego obliga: text. in l. ſi quis rem. 2. ff. de pollicitat. ibi: *Si quis rem aliquam vouerit, voto obligatur, quæ res perſonam vouentis non rem, quæ vouetur obligat.* Conque juſtiſsimamente pide la Obra Pìa por dos diſpoſiciones, y teſtamentos, vt dicit Conſultus in l. Lutius Titius 90. §. Damæ, & Pamphilo. ff. de leg. 2. Y el Patrono litigando en ſu nombre, ſuplicando a V. S. ſupla lo que falta, y enmiende los yerros de ſu Abogado.